

N° 428213
Société Orange

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies
Séance du 26 février 2020
Lecture du 13 mars 2020

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

La présente affaire est une illustration de la régulation concurrentielle « asymétrique » pratiquée par l’Autorité de régulation des communications électroniques (ARCEP) vis-à-vis de l’opérateur historique, afin d’ouvrir le marché à la concurrence.

Le cadre fixé par les directives du 7 mars 2002 (directive dite « cadre »¹ et directive dite « accès »²), et transposé en droit interne aux articles L. 37-1 et suivants du code des postes et des communications électroniques (CPCE), repose sur une démarche en trois temps : la définition par le régulateur des marchés pertinents, selon une analyse triennale ; l’identification de l’opérateur « *disposant d’une puissance significative sur le marché* », critère qui équivaut à la position dominante³ en droit de la concurrence ; la fixation d’obligations réglementaires spécifiques incombant à ce titre à cet opérateur.

Les trois marchés pertinents ici en cause sont les suivants :

- le marché de la fourniture en gros d’accès local en position déterminée (accès à la boucle locale de cuivre et à la sous-boucle de cuivre, accès aux infrastructures de génie civil mobilisables pour le déploiement de boucles locales optiques), appelé aussi « marché 3 a », selon la terminologie employée dans la recommandation de la Commission européenne 2014/710/UE du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques ;
- le marché de la fourniture en gros d’accès central en position déterminée à destination des marchés de masse livré au niveau infranational, appelé « marché 3 b » ;
- le marché de gros des accès de haute qualité, appelé « marché 4 ».

¹ Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

² Directive 2002/19/CE relative à l’accès aux réseaux de communication électroniques et aux ressources associées, ainsi qu’à leur interconnexion

³ V. la définition de l’article 14-2 de la directive « cadre » : « *une entreprise est considérée comme disposant d’une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d’autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c’est-à-dire qu’elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs* ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

Pour ces trois marchés pertinents, l'ARCEP a désigné, par trois décisions du 14 décembre 2017⁴ relatives au 5^{ème} cycle de régulation des marchés haut et très haut débit fixe prises par sa formation plénière⁵, la société Orange comme opérateur exerçant une influence significative et lui a imposé à ce titre diverses obligations, dont des obligations en termes de qualité de service portant notamment sur la fourniture d'informations et d'études avant-ventes, la commande, le délai de livraison des accès, le volume traité et le débit effectif ou encore le traitement des pannes et le service après-vente. A ces obligations substantielles s'ajoutent des obligations en matière de transparence et de suivi : la société est tenue de mesurer et publier mensuellement des indicateurs de qualité de services pertinents pour l'ensemble des prestations fournies.

L'objectif est de garantir que les niveaux de qualité prévus pour les offres de gros soient respectés par Orange afin que les opérateurs dits « alternatifs » puissent eux-mêmes s'engager sur des niveaux de qualité de service auprès de leurs clients finals, afin de concurrencer effectivement les offres aval d'Orange.

Le constat d'une dégradation des services fournis par Orange, particulièrement dans le courant de l'année 2017, sur ces trois marchés a conduit la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction du collège de l'ARCEP⁶, à mettre la société Orange en demeure, le 18 décembre 2018 (décision n° 2018-1596-RDPI), de respecter ses obligations en matière de qualité de service et à fixer, en annexe de la mise en demeure, des valeurs intermédiaires aux indicateurs de qualité de service menant, trimestre après trimestre, au respect des valeurs cibles de qualité de service. Cette mise en demeure a été rendue publique sur le site internet de l'autorité le 16 janvier 2019.

C'est la décision attaquée.

Précisons, quoiqu'aucune fin de non-recevoir n'ait été soulevée, qu'un recours contre une telle mise en demeure est recevable. Vous n'avez jamais tranché ce point par une décision fichée s'agissant d'une mise en demeure de l'ARCEP prise sur le fondement du I de l'article L. 36-11 du CPCE, mais vous l'avez admis pour les mises en demeure adressées par d'autres autorités de régulation : mise en demeure adressée par la Commission nationale informatique et liberté CE, 28 juillet 2004, *M...*, n° 262851, p. 355 ; mise en demeure adressée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel de respecter des obligations conventionnelles CE, 25 novembre 1998, *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion*, n° 168125, T. p. . Nous avons d'autant moins de doute que, outre le fait que l'article L. 36-11 du CPCE fait de la mise en demeure un préalable obligatoire à une éventuelle procédure de sanction, il autorise en outre l'autorité à assortir la mise en demeure d'obligations de se conformer à des étapes

⁴ Décision n° 2017-1347 pour le marché 3 a ; décision n° 2017-1348 pour le marché 3b ; décision n° 2017-1349 pour le marché 4.

⁵ Voir, par la répartition des compétences au sein de l'Autorité entre la formation plénière, la formation restreinte et la formation de règlements des différends, de poursuite et d'instruction, l'article L. 130 du CPCE.

⁶ Qui, en vertu de l'article L. 130 du CPCE, est composée des quatre membres de la formation plénière qui ne font pas partie de la formation restreinte, chargée de prononcer les sanctions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

intermédiaires, qui sont autant de clause de rendez-vous traçant un chemin de retour à la conformité.

Nous ne nous attarderons pas sur le premier moyen, qui repose sur une insuffisance de motivation faute de définition de la notion « d'accès effectif » pour les opérateurs tiers aux infrastructures de la société Orange, mentionnée à de très nombreuses reprises dans la décision. La mauvaise foi de l'opérateur est patente : l'ensemble du cadre réglementaire européen et national repose sur la notion d'accès effectif aux infrastructures et au marché. Et la mise en demeure contestée, motivée sur 48 pages, détaille avec un niveau de précision tout à fait suffisant les circonstances de droit et de fait sur lesquelles elle se fonde, conformément aux exigences posées par les articles L. 36-11 et D. 595 du CPCE.

Le moyen suivant est tiré de l'atteinte excessive portée aux intérêts de la société Orange par la publication sur internet de la mise en demeure. Aux termes du I de l'article L. 36-11, cette publication n'est qu'une faculté, dont l'usage n'est encadré par la définition d'aucun critère⁷, ce qui, selon la requérante, serait tout à la fois contraire au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout particulièrement à la présomption d'innocence, et discriminatoire, en violation de l'article 14 de la même convention.

Mais autant nous n'avons pas de doute que la procédure de sanction, qui peut conduire à la publication de la décision prise, relève bien du champ d'application de l'article 6, autant nous sommes convaincue que la mise en demeure, qui n'est qu'une sorte de mise en garde, un avertissement, avant l'engagement, le cas échéant, d'une procédure de sanction, ne constitue pas une accusation en matière pénale au sens de cet article.

Vous l'avez jugé à propos des mises en demeure adressées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à un service de radiodiffusion sur le fondement de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 : CE, 30 décembre 2002, *Société Vortex*, n° 236826, T. p. ⁸. Vous avez statué également en ce sens à propos des mises en demeure formulées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés : CE, Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, n°s 197060 197061, p., rendue le même jour que l'arrêt *Didier*, qui juge à l'inverse l'invocation de l'article 6 opérante contre une sanction édictée par le Conseil des marchés financiers ; voir aussi CE, 13 juin 2013, *SASP Paris Saint-Germain Football et SASP Paris Saint-Germain Handball*, n°s 373063 373072, aux tables sur un autre point, à propos des mises en demeure adressées par la CNIL. Il en va de même des mises en demeure adressées par la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'ARCEP.

Et nous ne voyons aucune raison de traiter différemment la publication de la mise en demeure de la mise en demeure elle-même. La publication d'une sanction est assimilée à une sanction.

⁷ Le I de l'article L. 36-11 du CPCE se borne à indiquer : « L'Autorité peut rendre publique cette mise en demeure ».

⁸ Voir aussi, par analogie, sur le terrain constitutionnel, la décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, point 6

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La publication d'une mesure de police doit être assimilée à une mesure de police. L'effet de réputation lié à la publication, sur lequel insistent les écritures, intensifie seulement l'incitation faite aux destinataires de se conformer aux injonctions sans pour autant leur conférer une vocation répressive. L'invocation de l'article 6 de la convention est donc inopérante, compte tenu de la nature de la publication de la mise en demeure, qui est une mesure de police.

S'agissant de l'article 14, sa méconnaissance ne peut être invoquée qu'en combinaison avec d'autres droits ou libertés protégés par la convention, auxquels un traitement discriminatoire porterait atteinte. L'inopérance du moyen tiré de la violation de l'article 6, rend, par capillarité, inopérante la critique sur le terrain de la discrimination, laquelle n'est tout état de cause pas fondée : tout opérateur faisant l'objet d'une mise en demeure est susceptible de voir cette décision publiée sur le site internet de l'Autorité.

Viennent ensuite quatre critiques de fond.

La première est la plus consistante. Elle vous conduira à prendre parti sur une technique de régulation par les objectifs qui, tout en laissant davantage de marge de manœuvre au régulé, n'en est pas moins efficace, le régulateur reprenant la main dans le cadre de la mise en demeure dans l'hypothèse où les objectifs ne seraient pas atteints.

Les trois décisions du 14 décembre 2017 ont imposé à Orange, opérateur le plus significatif sur les trois marchés pertinents en cause, de s'engager sur une qualité et des garanties de niveau de service dans ses offres de référence. Parallèlement, au titre des obligations de transparence et afin d'être en capacité de porter une appréciation sur la qualité des prestations offertes, c'est-à-dire *in fine* sur l'effectivité de l'accès donné aux opérateurs alternatifs sur les marchés de gros, l'Autorité a exigé la publication mensuelle, sur un site internet facilement et librement accessible, des niveaux de qualité constatés.

Si la liste de ces indicateurs de qualité de service est pour partie définie par l'ARCEP, les niveaux de qualité de service à atteindre ont, eux, été librement définis par Orange.

En ce qui concerne le marché de gros des accès de haute qualité pour les entreprises (décision n° 2017-1349), les niveaux – élevés – à atteindre en matière de taux de respect de la date contractuelle de livraison et de taux de respect de la garantie de temps de rétablissement, fixés par Orange et jugés satisfaisants par l'Autorité, sont directement entérinés en annexe B de la décision réglementaire de l'ARCEP.

En ce qui concerne le marché de gros des accès local (décision n° 2017-1347) et central (décision n° 2017-1348) en position déterminée à destination du marché de masse, aucun niveau d'indicateur n'est directement fixé, ou simplement entériné. Sont seulement imposés un objectif général de qualité élevée de nature à assurer l'effectivité de l'accès des opérateurs tiers aux marchés de gros ainsi que des obligations de transparence, pour une liste d'indicateurs de qualité déterminée.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La mise en demeure attaquée ne se borne pas à rappeler à Orange le respect de ce cadre réglementaire général. Elle est assortie, pour chacun des trois marchés pertinents, d'objectifs quantifiés de niveau de service, à atteindre trimestre après trimestre afin de rétablir progressivement un niveau de service permettant aux opérateurs tiers de construire des offres compétitives en termes de qualité de service sur les marchés aval.

Le principe d'obligations intermédiaires à satisfaire assortissant la mise en demeure n'est pas en cause : il est d'ailleurs expressément prévu par le I de l'article L. 36-11 du CPCE. La critique porte sur le fait que les niveaux quantifiés fixés à titre d'obligations intermédiaires à satisfaire ne sont pas la reprise expresse du cadre réglementaire préalablement fixé, plus général.

Cette critique manque en fait s'agissant des offres de gros d'accès de haute qualité à destination des entreprises car les valeurs cibles sont issues de l'annexe B à la décision n° 2017-1349 ; les valeurs minimales intermédiaires à respecter chaque trimestre fixées par la mise en demeure sont inférieures aux valeurs cibles issues de la décision de 2017 et tiennent compte de la valeur atteinte au troisième trimestre 2018, qui précède le trimestre au cours duquel la mise en demeure a été décidée.

Mais il en va autrement pour la fourniture en gros d'accès local et central en position déterminée : la critique met le doigt sur le fait que les obligations intermédiaires assortissant la mise en demeure adressée par la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction sont plus précises que le cadre réglementaire préalablement fixé par la formation plénière, qui se bornait à fixer des objectifs généraux de qualité élevée. La mise en demeure est ainsi plus directive que le cadre réglementaire initial.

Mais contrairement à ce qui est soutenu par Orange, rien n'interdisait à l'ARCEP, constatant que les objectifs généraux d'effectivité des accès à ses infrastructures, fixés dans les décisions du 14 décembre 2017, n'étaient pas atteints, de reprendre la main pour dessiner une trajectoire exprimée sous la forme de valeurs minimale de qualité de service à satisfaire, indicateur par indicateur. L'Autorité sortirait du cadre de ce que le I de l'article L. 36-11 du CPCE l'autorise à faire si les indicateurs chiffrés à respecter trimestre après trimestre étaient sans lien avec le cadre réglementaire préalablement défini. Il n'en est rien ici, les valeurs à respecter fixées dans la décision contestée n'étant que la traduction concrète des obligations générales préalablement définies dans les décisions de décembre 2017.

La deuxième critique de fond porte sur le cumul – selon la société Orange contraire au principe du « *non bis in idem* » – entre les sanctions encourues en cas de non-respect des objectifs chiffrés assortissant la mise en demeure et les pénalités contractuelles encourues du fait du non-respect des engagements de qualité figurant dans les offres conclues avec les opérateurs tiers. Le moyen est inopérant, dans la mesure où la mise en demeure n'est – nous l'avons dit à propos du moyen tiré de la violation de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – pas assimilable à une sanction mais à une mesure de police. Nous n'avons en tout état de cause aucun doute sur le fait que des pénalités contractuelles et des sanctions administratives prononcées par une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

autorité de régulation, qui ne sont pas de même nature, ne protègent pas les mêmes intérêts, alors même qu'elles seraient prononcées à raison des mêmes manquements.

Orange reproche dans une troisième critique à l'ARCEP d'avoir fondé la mise en demeure sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur des trois décisions du 14 décembre 2017, en prenant en compte la trajectoire d'indicateurs de performance du janvier 2014 à septembre 2018.

Il est vrai que la mise en demeure retrace l'évolution d'indicateurs de qualité de service sur une période plus longue que celle régie par les décisions du 14 décembre 2017, en remontant pour certains jusqu'à janvier 2014. Mais les manquements sur lesquels elle se fonde et qui justifient une sorte de « rappel à la loi » sont bien constatés sur la période régie par ces décisions.

Il est reproché en quatrième et dernier lieu à l'Autorité de s'être focalisée sur la qualité des services offerts aux opérateurs tiers sans l'avoir comparée avec celle offerte aux propres services et filiales de la société Orange ; autrement dit, de n'avoir pas recherché si les offres d'Orange et ses filiales sur les marchés aval n'étaient pas pénalisées par les lacunes de la société sur les marchés de gros dans une mesure comparable aux opérateurs tiers concurrents.

L'erreur de droit alléguée nous paraît inopérante, compte tenu de la nature systémique du problème de concurrence que la régulation asymétrique opérée par les décisions du 14 décembre 2017 vise à résoudre. Sont en cause des obligations mises à la charge d'un opérateur déterminé, en raison de la position dominante qu'il occupe sur un marché donné, afin de contrecarrer les effets potentiellement anticoncurrentiels de cette position. Cette dernière critique de méthode nous paraît donc, elle-aussi, devoir être écartée.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête de la société Orange.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.